

Informations annexes

I Le lexique

Sourcing : Pour « assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics », le législateur préconise à l'acheteur public de multiplier les sources d'information sur les techniques, matériels et matériaux avant le lancement de la procédure de passation lors de la définition du besoin.

Cette préconisation apparaît aujourd'hui comme une nouvelle manière d'optimiser l'achat public et d'améliorer la performance de l'achat dans les collectivités afin de réduire son coût.

Délai de standstill : Prévu à l'article 101 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016, le pouvoir adjudicateur doit suspendre la signature du marché permettant aux candidats évincés d'exercer leur droit de recours (référé précontractuel).

La pratique interne du Département prévoit (cf. le guide des procédures) :

- un délai de suspension d'une durée de 11 jours pour les marchés passés en procédure formalisée, si la lettre de regret est envoyée par télécopie. Ce délai est porté à 16 jours si la lettre de regret est envoyée par courrier
- un délai de suspension d'une durée de 10 jours pour les marchés passés en MAPA 2,
- pas de délai de suspension pour les MAPA 1.

Secret professionnel : "Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal." (Loi n°83-634 du 13 juillet 1983, article 26)

Obligation de discrétion professionnelle : "Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent." (Loi n° 83.634 du 13 juillet 1983, article 26)

Salons inversés : D'ordinaire, des salons sont organisés et les entreprises du domaine disposent de stands pour proposer leurs produits/services.

Dans le cas d'un salon inversé, plusieurs entreprises sont invitées en même temps par l'acheteur public sur son lieu de travail (lieu neutre) pour présenter leurs offres.

II Les risques pénaux liés à la commande publique

Le délit de favoritisme

Le délit de favoritisme, ou délit d'octroi d'un avantage injustifié est mentionné au code pénal à l'article 432-14 sous l'appellation « d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de services publics ». Le favoritisme consiste à procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires encadrant les marchés publics et délégations de service public.

Ces avantages peuvent prendre des formes différentes :

=>irrégularités commises avant le lancement de la consultation telle qu'une mauvaise définition des besoins par exemple : définition sur mesure pour une entreprise

=>divulgaration d'informations privilégiées : informations communiquées à une entreprise candidate pour lui permettre de déposer une meilleure offre que ses concurrents

=>fractionnement artificiel des marchés pour éviter d'avoir recours à la procédure d'appel d'offres

=>application volontaire, mais partielle, d'une procédure formalisée par une collectivité territoriale qui n'en a pas respecté les règles, même si elle n'était pas tenue de recourir à cette procédure par exemple : un marché passé par appel d'offres sans constitution d'une Commission d'Appel d'Offres (CAO).

=>mauvaise utilisation du dispositif "in house" par l'attribution sans mise en concurrence d'un marché public à une société d'économie mixte

=>estimation irréaliste de l'estimation administrative d'un marché ayant entraîné l'infirmité du marché. De plus, l'entreprise attributaire a en connaissance des offres des autres candidats

- =>acceptation d'une offre hors délai, irrégulière, inacceptable
- =>considérations étrangères aux mérites respectifs des offres
- =>manipulation des critères d'analyse des candidatures et des offres
- =>absence de justification de la situation fiscale et sociale du candidat retenu
- =>présence lors de la CAO d'un membre « intéressé » à l'affaire

La concussion

Il s'agit pour un agent, « de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droit et contributions, impôts ou taxes publiques une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû ou d'accorder sous une façon quelconque et, pour quelque motif que ce soit, une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publiques en violation des textes légaux et réglementaires ». Il en est ainsi des différentes rémunérations versées sans droit en toute connaissance de cause et surtout de façon intentionnelle. Le fonctionnaire reconnu coupable peut être condamné à cinq ans d'emprisonnement et à 76 000 euros d'amende ainsi que l'interdiction de ses droits civils, civiques et de fonction pour une durée maximale de cinq ans.

La prise illégale d'intérêt

C'est le fait, pour un agent dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont il a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. La prise illégale d'intérêt est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Le conflit d'intérêts

Le conflit d'intérêts est une situation de fait dans laquelle un agent se trouve placé face à l'intérêt général et à son intérêt personnel, devant lesquels il a un choix à faire. Il peut prendre différentes formes :

=>Le conflit réel : si l'agent possède un intérêt avéré, le conflit est dit « effectif » ou « réel ». Il s'agit d'un intérêt privé susceptible d'influencer la façon dont l'agent s'acquitte de ses responsabilités ou de ses obligations professionnelles. L'influence peut tenir à la nature de ses intérêts (responsabilités familiales, foi religieuse, liens professionnels, appartenance politique, biens personnels, investissements, dettes, par exemple) ou à leur valeur (intérêts dans une entreprise familiale, possibilité de réaliser un bénéfice important, d'éviter une perte).

=>Le conflit apparent : le conflit peut être « apparent » si le risque n'existe pas en réalité. Pour le détecter, il faudra vérifier que les fonctions de l'agent ne sont pas incompatibles avec sa situation personnelle, qu'il ne commet pas d'irrégularités ou qu'il ne fait pas preuve de mauvaise foi dans sa façon d'exercer ses responsabilités.

=>Le conflit potentiel : il reste potentiel lorsque l'agent possède des intérêts privés qui ne sont pas suffisants à l'instant où la question du conflit est posée, puisqu'il n'existe pas encore de relation entre ses fonctions et ses intérêts privés. En revanche, si les fonctions de l'agent changent ou évoluent, il convient de vérifier que ses intérêts privés ne sont pas de nature à influencer la façon dont il pourrait s'acquitter de ses nouvelles fonctions, et de s'assurer ainsi que le conflit reste seulement potentiel.

Corruption passive et trafic d'influence

Le trafic d'influence prévu par le même article que le délit de corruption passive, constitue bien un délit particulier. L'article 432-11 du Code pénal le définit comme le fait, pour la personne concernée, « de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui ». Et ce, dans le but d'«abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable».

Comme en matière de corruption passive, la commission d'un trafic d'influence est punie par l'article 432-11 du Code pénal d'un maximum de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Le juge peut également prononcer l'interdiction des droits civiques, civils et de famille pour une durée de cinq ans maximum, l'interdiction, définitive ou temporaire, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, la confiscation des sommes illégalement reçues et, enfin, exceptionnellement, eu égard à la gravité de cette infraction, l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée.

Le non-respect du secret industriel et commercial

Une fois le marché signé, les documents composant la procédure de passation perdent leur caractère préparatoire (l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978), et deviennent, en principe, communicables à toute personne qui en fait la demande, y compris à un candidat évincé.

Ce droit d'accès doit s'exercer dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale lequel recouvre le secret des procédés, le secret des informations économiques et financières, et le secret des stratégies commerciales. Ne sont pas communicables, les éléments suivants, qui devront être occultés :

=>les mentions relatives aux moyens techniques et humains du candidat attributaire

=>les mentions concernant le chiffre d'affaires, les coordonnées bancaires du candidat attributaire

=>les références autres que celles qui correspondent à des marchés publics.

La communication de certaines informations comporte ainsi un risque d'atteinte à la libre concurrence pour apprécier les informations qui sont protégées par le secret en matière industrielle et commerciale, tenir compte du mode de passation, de la durée, ou de l'objet du marché.

Seules les mentions relatives au candidat attributaire sont communicables : celles relatives aux candidats non retenues ne peuvent être communiquées.